

messo in evidenza come il ragionamento che viene svolto per accreditare il supposto effetto abrogativo si risolve sostanzialmente in una petizione di principio. L'abrogazione del secondo comma dell'art. 830 c.p.c. non viene infatti immediatamente imputata alla disposizione dettata dall'art. 350, comma 1, c.p.c. (atteso che essa non può trovare applicazione diretta al giudizio di impugnazione ex art. 828 c.p.c., del quale la cassazione esclude la riconducibilità all'appello), ma piuttosto ricondotta al principio generale desumibile dagli artt. 400 e 406 c.p.c., il quale richiamerebbe la disciplina posta dall'art. 350, comma 1, c.p.c. non in quanto disciplina dell'appello, sibbene quale disciplina del procedimento da considerarsi come ordinario innanzi al giudice adito⁽²²⁾. Senonché, il principio desumibile dagli artt. 400 e 406 c.p.c., reca in sé la limitazione conseguente dall'inciso « in quanto non derogate da quelle del presente capo », e non può pertanto trovare applicazione ai giudizi di impugnazione la cui specifica disciplina contenga delle deroghe rispetto alle norme che configurano il procedimento da assumersi come ordinario innanzi al giudice adito. Ma tale è, per l'appunto, la situazione nella quale versa il giudizio di impugnazione per nullità del lodo, la cui specifica disciplina contempla all'art. 830, comma 2, c.p.c. una esplicita deroga alle norme che regolano il procedimento da assumersi come ordinario innanzi alla corte d'appello. Diviene allora evidente come la pretesa abrogazione del secondo comma dell'art. 830 c.p.c., lungi dal costituire l'esito della applicazione del principio generale posto dagli artt. 400 e 406, rappresenta invece la premessa che diviene necessario assumere al fine di poter riferire al giudizio ex art. 828 il principio emergente dagli artt. 400 e 406 c.p.c., principio che risulterebbe altrimenti inapplicabile⁽²³⁾.

ROSARIO MACCARRONE

⁽²²⁾ Si veda sul punto Cass. 7 febbraio 2001, n. 1731, cit., la quale afferma che la abrogazione del secondo comma dell'art. 830 c.p.c. non può esser messa in dubbio con il rilievo che l'impugnazione per nullità del lodo non ha la stessa natura dell'appello, perché la disciplina di cui all'art. 350, comma 1, c.p.c. « non viene qui invocata in quanto specifica disciplina del giudizio di appello, ma quale disciplina ordinaria (e quindi con salvezza delle eventuali deroghe) del procedimento davanti alla corte d'appello, indipendentemente dalla natura del giudizio che davanti alla stessa corte si svolge, in applicazione del principio generale desumibile dagli artt. 400 e 406 c.p.c. » (corsivo mio).

⁽²³⁾ La tesi della abrogazione dell'art. 830, comma 2, c.p.c. non viene condivisa da LUISSO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, cit., 26; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 180, nota 24.

CORTE D'APPELLO DI MILANO, Sez. I civile; sentenza 5 novembre 2003; DE RUGGIERO, Pres.; TAVASSI, Est.; Polcon Italiana s.r.l. (avv. ti Barié e Zambon) c. PT Perkebunan Nusantara III (avv. ti Bernascone, Ferrari e Sangiovanni).

Arbitrato estero - Esecuzione lodo - Opposizione ex art. 840 c.p.c. - Tassatività dei motivi di opposizione - Infra-petizione - Esclusione - Valutazioni attinenti al merito - Esclusione.

Sospensione procedimento ex art. 295 c.p.c. - Esclusione.

Il procedimento di opposizione ex articolo 840 c.p.c. non si configura quale giudizio di revisione nel merito della controversia, e dal momento che il diniego di exequatur per lodo straniero si giustifica soltanto in base ai motivi tassativamente indicati dallo stesso articolo, non ne può essere accolta la richiesta per infrapetizione o per motivi attinenti al merito.

Neanche la richiesta di sospensione del procedimento ex articolo 295 c.p.c. risulta nel caso di specie accoglibile posto che tra l'oggetto del presente giudizio e la causa pendente davanti al Tribunale di Milano per l'accertamento di presunti contro crediti dell'opponente, non si ravvisa un rapporto di pregiudizialità-dipendenza.

CENNI DI FATTO. — Tra la Polcon Italiana s.r.l. e la P.T. Perkebunan Nusantara III - Persero (Persero), società a capitale pubblico con sede in Indonesia, viene stipulato nel 1989 un contratto avente a oggetto la fornitura di un impianto per la produzione di fili di gomma, cui segue la conclusione di un contratto di assistenza tecnica e, con la partecipazione della Polcon Italiana SDN, BHD, società di diritto malese, di un « marketing agreement », per la promozione della commercializzazione dei prodotti Persero. Insorta una controversia riguardo a quest'ultimo contratto, nel 1998 Persero, in presenza di apposita clausola compromissoria, introduce il giudizio arbitrale nei confronti di entrambe le società ottenendo un lodo di condanna in solido per una cifra complessiva pari a \$ 2.621.479,26, esclusi interessi e spese legali; la stessa pronuncia impone per contro a Persero il pagamento di 33.289.600 delle vecchie lire (oltre agli interessi) a favore di Polcon, a fronte del credito vantato in compensazione, per i danni causati dalla ritardata o negata consegna di ordini dalla stessa Polcon impartiti. Impugnata la sentenza arbitrale presso la Corte Federale Svizzera, l'impugnazione è rigettata in via definitiva il 25 aprile 2002; richiesto in Italia riconoscimento ed esecuzione del lodo ex art. 839 c.p.c., la Polcon presenta opposizione al decreto di concessione dell'*exequatur*, pretendendo di far valere la sussistenza di un proprio contro credito vantato a titolo di compensi, per il cui accertamento è stato promosso apposito giudizio davanti al Tribunale di Milano, sezione distaccata di Legnano; per lo stesso motivo, pendente il giudizio di cognizione, l'opponente contestualmente avanza la richiesta di sospensione del procedimento di opposizione, ma la decisione della Corte d'Appello di Milano è nel senso di non sospendere il giudizio e al contempo di riconoscere il lodo arbitrale.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*).

È necessario premettere che, non essendo controverso tra le parti e non essendovi oggettivamente dubbi circa la natura di arbitrato straniero del lodo per cui è causa, l'opposizione contro il decreto che ha riconosciuto l'efficacia del lodo medesimo nello Stato, è regolata dall'art. 840 c.p.c.. Tale norma prevede che il riconoscimento e l'esecuzione siano dalla Corte rifiutati se nel giudizio di opposizione la parte contro la quale il lodo è invocato prova l'esistenza di una delle circostanze tassativamente indicate dal medesimo articolo. (...) A fronte di queste tassative precisioni si deve rilevare come le ragioni addotte da Polcon si siano sostanziate nel far valere l'esistenza di un proprio contro credito, per il quale è pendente altro giudizio fra le stesse parti davanti al Tribunale di Milano, sez. di Legnano, nel rilevare l'erroneità della decisione arbitrale di assoggettare a responsabilità solidale la s.r.l. Polcon Italiana e la omonima società malese.

Nessuna delle ragioni esposte è stata dalla parte ricondotta nell'ambito delle previsioni di cui all'art. 840 c.p.c., e ciò neppure a seguito dei puntuali rilievi svolti dalla difesa di Persero all'atto della sua costituzione nel presente giudizio.

Neppure può dirsi che le argomentazioni svolte da parte attrice possano essere definitive, in forza del potere indubbiamente rimesso al giudice, in termine idonei a ricondurle in una o nell'altra delle ipotesi sopra elencate del citato art. 840. D'altra parte la tassatività di dette previsioni risulta evidente dalla formulazione della medesima norma nonché dalla sua corrispondenza agli obblighi internazionali assunti dallo Stato italiano, essendo le previsioni sostanzialmente identiche a quelle di cui all'art. V della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere (resa esecutiva con L. 19 gennaio 1968 n. 62) (...).

Alla luce di quanto fin qui premesso, ci si limita quindi ad esaminare le argomentazioni svolte da parte attrice che sembrano in astratto poter richiamare una delle ipotesi elencate, dovendo tuttavia pervenire a disattenderle per mancanza di un fondamento concreto.

Così non può dirsi che il lodo non sia ancora vincolante tra le parti, ovvero che sia stato annullato o sospeso da un'autorità competente dello Stato nel quale è stato reso o secondo la legge di detto Stato (n. 5 dell'art. 840, terzo comma). Si è già riferito nella parte narrativa che Polcon ha impugnato il lodo davanti alla Corte federale svizzera chiedendo l'invalidazione del procedimento arbitrale, ma ha ottenuto un provvedimento di rigetto definitivo in data 25 aprile 2002 (...).

Insiste invece la difesa di Polcon nel chiedere la sospensione del presente procedimento. Tale sospensione tuttavia non è richiesta in relazione alla pendenza del procedimento di revisione del lodo proposto all'autorità dello Stato in cui lo stesso è stato pronunciato, secondo la previsione di cui al 4° comma dell'art. 840, bensì in relazione alla pendenza del giudizio promosso da Polcon davanti al Tribunale di Milano-Legnano, e quindi evidentemente a norma dell'art. 295 c.p.c.. Ma non ricorrono nella specie neppure i presupposti di detta norma, posto che il giudizio promosso da Polcon nei confronti di Persero non appare pregiudiziale rispetto alla decisione del presente giudizio, posto che ivi si tratta di accertare un credito che Polcon intende opporre in compensazione rispetto al credito vantato da Persero nei suoi confronti, essendo quest'ultimo ormai liquido, stante l'intervenuto accertamento in sede arbitrale, laddove il contro-credito di Polcon è tutto da verificare e da liquidare. Ben può darsi che Polcon ravvisi una pregiudizialità di fatto dell'accertamento del proprio credito, per evitare di affrontare ingenti esborsi nei confronti

della società indonesiana senza avere la certezza di recuperare quanto dovuto ad essa Polcon, ma tale convenienza economica non può assumere nessuna giuridica rilevanza ai fini della richiesta di sospensione del presente giudizio.

E ciò ancorché questa Corte ritenga non sia esatto il rilievo di parte convenuta secondo cui il contro-credito di Polcon abbia già costituito oggetto di esame in sede arbitrale.

Il lodo arbitrale di cui qui si discute, infatti, si è limitato ad esaminare le domande di Polcon relative a pretesi crediti per le spese di controstallia, che la medesima società assumeva di aver dovuto rimborsare ai clienti finali per ritardi dei prodotti in dogana, nonché spese bancarie che pure, secondo Polcon, dovevano far carico a Persero. (...)

Non può dirsi, poi, come sembra sostenere la difesa di Polcon, che gli arbitri abbiano ommesso di pronunciare sulle diverse domande dalla medesima parte pure proposte in sede arbitrale riguardanti le c.d. « connected claims » (...). È dubbio che un simile rilievo possa integrare un'ipotesi di non riconoscibilità del lodo, ove si osservi che la previsione di cui al n. 3 del terzo comma dell'art. 840 non ripropone per intero la apparentemente analoga previsione di cui al n. 4 dell'art. 829 c.p.c., mancando appunto l'ipotesi in cui il lodo non abbia pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso. Tuttavia nel caso in esame non può neppure affermarsi che in concreto una simile evenienza si sia verificata, posto che le domande in questione, riguardanti i pretesi contro-crediti di Polcon per compensi di attività prestate a favore di Persero e per danni non risultano proposte o riproposte agli arbitri in sede di formulazione delle conclusioni definitive a cura delle parti, né sembra abbiano costituito oggetto della materia dibattuta dalle parti nei loro scritti difensivi.

Infine, va esaminato il motivo di opposizione articolato da Polcon circa la condanna solidale della s.r.l. Polcon Italiana e della Polcon Italiana SDN BHD malese, nell'erroneo presupposto che la seconda sia controllata dalla prima. Lamenta la difesa dell'attrice che laddove Polcon fosse costretta a pagare le somme di cui al lodo, difficilmente riuscirebbe a rivalersi sulla società malese, considerate le evidenti difficoltà che incontrerebbe — a suo dire — per il recupero del proprio credito in uno stato estero come la Malesia (...).

Innanzitutto le ragioni espresse non integrano nessuna delle ipotesi ostative al riconoscimento di cui all'art. 840 c.p.c., attenendo a valutazioni di merito espresse dagli arbitri (...) non certo sindacabili da questa Corte nella presente sede. Deve essere chiaro, infatti, e lo è nella normativa nazionale, nelle convenzioni internazionali, nonché nella giurisprudenza e dottrina consolidata, che il presente giudizio non è in nessun modo costituito come giudizio di appello o di revisione nel merito di quanto deciso in sede arbitrale.

Secondariamente gli arbitri hanno condannato direttamente la società italiana, e solo in via solidale con la stessa, la Polcon malese. Onde semmai è quest'ultima che avrebbe dovuto lamentarsi di essere stata coinvolta, con un'obbligazione di tipo solidale, rispetto a quello che sembra essere stato ritenuto di sicuro il soggetto obbligato, e cioè la s.r.l. Polcon Italiana. La solidarietà passiva, poi, è prevista nell'interesse del creditore e serve a rafforzare il diritto del medesimo, consentendogli di ottenere l'adempimento dell'intera obbligazione da uno qualsiasi dei condebitori (vedi Cass. 10 maggio 2001 n. 6502; 22 novembre 1985 n. 5802). Non può certo essere la pretesa insolvenza o la difficoltà di escussione di uno dei due debitori in

solido ad indurre a sospendere l'esecuzione dell'altro. In tal modo l'intero meccanismo della solidarietà verrebbe sovvertito. Altri sono gli strumenti di cui può avvalersi il debitore solvente nei confronti del proprio condebitore e ciò sia eventualmente, in sede cautelare, sia in sede di merito ed esecutiva.

In conclusione i motivi di opposizione svolti dalla difesa della Polcon esulano dalle previsioni di cui all'art. 840 c.p.c. e sono comunque destituiti di fondamento (...).

Sulla sospensione ex art. 295 c.p.c. del procedimento di opposizione al decreto di concessione dell'*exequatur* a favore di un lodo straniero.

Con la decisione in oggetto la Corte d'Appello di Milano ha ribadito la tassatività dei motivi contemplati dall'art. 840 c.p.c. quali *grounds for refusal* di riconoscimento ed esecuzione in Italia dei lodi esteri, in linea con l'orientamento giurisprudenziale già consolidatosi tra i Paesi membri della Convenzione di New York del 1958 rispetto al relativo art. V⁽¹⁾. È stato così concesso l'*exequatur* a favore di un lodo svizzero seppur lamentandosi da parte dell'opponente al decreto presidenziale di esecuzione (Polcon), la mancata statuizione degli arbitri su alcuni quesiti posti in sede arbitrale e relativi a ipotetici contro crediti che la stessa avrebbe vantato in virtù del contratto controverso. A prescindere da una verifica sulla sussistenza di infra-petizione nel caso di specie⁽²⁾, è facile notare come tale vizio non sia ricompreso tra i motivi di diniego dell'*exequatur* di cui all'art. 840 del nostro codice di rito e all'art. V della Convenzione: le norme in esame si li-

(1) Si veda Areios Pagos 926/1973, in YCA, I, 1976, 187 (Greece n. 3); Audi-NSU Auto Union A.G. v. Overseas Motors Inc. (DC 1977), in YCA, III, 1978, 291 ss. (US n. 16); Pres. of Rechtbank-The Hague, 26 aprile 1973, in YCA, IV, 1979, 305 ss. (Neth. n. 3); App. Napoli, 20 febbraio 1975, in RDIPP, 1977, 839 ss. nonché in Rass. arb., 1978, 143 ss. In tutte le pronunce richiamate si ribadisce che per la tassatività dei *grounds for refusal* previsti dal dettato convenzionale, non è possibile far valere ulteriori cause di invalidità del lodo che siano contemplate dalla sola legge nazionale, a differenza di quanto accadeva sotto la vigenza della Convenzione di Ginevra del 1923. Per la dottrina, tra gli altri, VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, 1981, 265.

(2) Nel caso di specie il lodo non sembrerebbe essere *infra-petita* perché, come correttamente rileva la Corte, la Polcon ha avanzato in sede arbitrale domande riconvenzionali relative esclusivamente a: 1) omessa evasione degli ordini da essa trasmessi a Persero e conseguente mancato incasso delle relative commissioni; 2) spese di controstallia e bancarie; 3) interessi sull'ammontare dovuto; 4) interessi sulle commissioni degli ordini non evasi. Su tali quesiti c'è stata pronuncia del Tribunale arbitrale che ha riconosciuto a favore di Polcon le sole commissioni perse per gli ordini non evasi per un ammontare complessivo pari a lire 33.289.600 mentre, rispetto agli altri *connected claims* che Polcon ha inteso fare valere in sede di *enforcement* e che dal suo punto di vista causerebbero l'infra-petizione (trattasi di contro crediti per compensi di attività prestate a Persero e per danni), la Corte ha sottolineato come « gli stessi non risultano proposti o riproposti agli arbitri in sede di formulazione delle conclusioni definitive a cura delle parti né sembra abbiano costituito oggetto della materia

mitano a sancire l'opposizione al riconoscimento solo nell'ipotesi in cui il lodo ecceda i limiti dell'accordo di compromesso ovvero del mandato a favore degli arbitri, altresì ammettendosi l'esecuzione parziale, laddove la statuizione affetta da eccesso sia scindibile dalle altre⁽³⁾; argomentandosi a partire da tali premesse, e in base alla tassatività già ribadita, appare coerente concludere nel senso della non rilevanza dell'infra-petizione nelle azioni di *enforcement* dei lodi stranieri⁽⁴⁾, a meno che non si faccia valere il sopravvenuto annullamento, da parte della competente autorità⁽⁵⁾, e per questo motivo, del *dictum* arbitrale.

La tassatività di cui si discute è stata poi ribadita dalla decisione in oggetto nel passo in cui la Corte ha deciso di non dare rilievo alle argomentazioni addotte dalla Polcon concernenti la condanna solidale che il Tribunale arbitrale aveva emesso nei confronti suoi e della Polcon Italiana SDN BHD malese: per l'opponente, l'indagine compiuta dagli arbitri circa la sussistenza di un controllo che la stessa avrebbe esercitato sulla suddetta società non era corretta, e poiché il recupero del proprio credito in uno Stato come la Malesia sarebbe stato quanto meno difficile, l'*exequatur* non doveva essere concesso. Che questo motivo non si possa ricondurre ai *grounds for refusal* previsti dalla normativa nazionale e dal dettato conven-

dibattuta dalle parti nei loro scritti difensivi»: ne consegue che laddove gli arbitri si fossero pronunciati su tali questioni, il lodo sarebbe risultato viziato da ultra-petizione.

(3) App. Milano, 27 gennaio 1995, ed. in RDIPP, 1995, 742 ss. nonché App. Bari, 28 ottobre 1983, ed. in RDI, 1983, 944 ss.; per la dottrina, BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen vom 10 Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Winterthur, 1965, 77 ss.; BRIGUGLIO in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato - Commentario*, Milano, 1994, 295 nonché PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000, 346 e VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, cit., 318 ss.

(4) Così VAN DEN BERG, *loc. cit.*, che in commento alla Convenzione, argomenta l'esclusione dell'infra-petizione dai motivi di diniego dell'*exequatur*, basandosi su di un raffronto tra il testo del Trattato e quello della Convenzione di Ginevra del 1927: l'art. 2(2) dell'accordo ginevrino, infatti, detta una disciplina ben precisa relativamente al vizio di cui trattasi, che invece a New York si è deciso di non prendere in considerazione, optandosi per la sua non menzione tra i *grounds for refusal* dell'art. V; di uguale avviso sono LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958*, in RDIPP, 1968, 33 e BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero - Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, 203.

(5) Tanto l'art. 840, III comma, n. 3 c.p.c. quanto l'art. V(1) lett. e) della Convenzione di New York individuano l'autorità competente all'annullamento della sentenza arbitrale nell'autorità dello Stato nel quale, o secondo la legge del quale, il lodo è stato reso. In arg., v. LATTANZI, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, 83 ss.; RUBINO SAMMARTANO, *L'arbitrato internazionale*, Padova, 1989, 612 ss.; VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, cit., 331 ss. Nel caso di specie, pur essendoci stata impugnazione davanti al giudice del luogo ove l'arbitrato aveva sede, ossia la Corte federale svizzera, non c'è stata pronuncia di annullamento, essendo stata l'impugnazione rigettata prima in via preliminare e poi in via definitiva rispettivamente in data 2 aprile e 25 aprile 2002.

zionale è palese, ma v'è di più: è noto che le valutazioni di merito svolte dagli arbitri non sono sindacabili nei procedimenti di *enforcement* (e talvolta non lo sono neppure in quelli di impugnazione per nullità⁽⁶⁾), e poiché un'indagine sul tipo di relazione intercorrente tra le due società non potrebbe che considerarsi di merito, la stessa dovrebbe essere esclusa, diversamente violandosi l'anzidetto principio; sembrano così superflue le osservazioni compiute dalla Corte di Milano sulla solidarietà passiva⁽⁷⁾.

Più complesse sono le considerazioni che solleva la questione provocata dalla Polcon in relazione alla richiesta di sospendere il procedimento di opposizione a causa della pendenza di apposito processo di cognizione davanti al Tribunale di Milano: la stessa opponente aveva promosso il giudizio con lo scopo di ottenere l'accertamento di quei contro crediti che gli arbitri non avevano considerato nella loro decisione conclusiva e che, una volta accertati, avrebbero compensato il credito di Persero.

Ebbene, la disposizione di cui al IV comma dell'art. 840, conformemente all'art. VI della Convenzione, contempla la possibilità che il procedimento di *enforcement* di un lodo straniero sia sospeso laddove penda innanzi alla competente autorità, un giudizio di impugnazione avente a oggetto la medesima decisione arbitrale: che questa non sia l'ipotesi che ricorre nel caso di specie è del tutto evidente, pendendo al cospetto di un giudice statale un procedimento giudiziale che non è di impugnazione per nullità ma di ordinaria cognizione; la stessa Corte d'Appello di Milano riconosce che la richiesta di sospensione potrebbe trovare ragione soltanto nell'art. 295 c.p.c.⁽⁸⁾, e cioè a titolo di sospensione necessaria che il giu-

(6) Si pensi alla situazione normativa presente in Italia successivamente alla riforma del 1994: soltanto dopo che il lodo sia stato dichiarato nullo, chiusosi il c.d. giudizio rescindente, soltanto allora sarà possibile l'analisi nel merito della lite a meno che non vi sia una diversa comune volontà delle parti, che intendano rivolgersi ancora una volta al Tribunale arbitrale (art. 830, II co.). In arg., v. FAZZALARI in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, cit. 218 ss.; VIGORITI, *Verso un diritto comune dell'arbitrato: note sul lodo e la sua impugnazione*, in *FI*, 1994, V, 216 ss.

(7) La Corte ha fatto notare che gli arbitri hanno condannato « direttamente la società italiana, e solo in via solidale con la stessa, la Polcon malese. Onde semmai è quest'ultima che avrebbe potuto lamentarsi di essere stata coinvolta, con un'obbligazione di tipo solidale, rispetto a quello che sembra essere stato ritenuto di sicuro il soggetto obbligato, e cioè la s.r.l. Polcon Italiana ». Si rileva inoltre come la solidarietà passiva sia posta nell'interesse del creditore per cui « (n)on può certo essere la pretesa insolvenza o la difficoltà di escussione di uno dei due debitori in solido ad indurre a sospendere l'esecuzione dell'altro ». Al di là della fondatezza o meno di tali affermazioni, sarebbe stato sufficiente per la Corte ricordare la natura del procedimento esecutivo e la tassatività dei *grounds for refusal* contemplati dalla normativa nazionale e convenzionale, in tal modo essendo già dimostrata l'irrelevanza delle argomentazioni di cui si discute ai fini della concessione dell'*exequatur*.

(8) Trattasi di un'ipotesi di sospensione propria che si differenzia dalla cosiddetta sospensione *impropria* in quanto, se nel primo caso si assiste a un temporaneo ma « totale » arresto dell'*iter* processuale, nel secondo l'*iter* della causa, sebbene sospeso innanzi al giu-

dice dispone quando « egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa »⁽⁹⁾.

È idea prevalente che il concetto di pregiudizialità-dipendenza attenga al rapporto tra situazioni sostanziali oggetto di autonomi processi e che non lo si debba considerare in una dimensione « rituale », essendo la *ratio* dell'art. 29 da ricercarsi nel tentativo di evitare conflitti tra giudicati⁽¹⁰⁾; in varie occasioni la Corte Suprema ha ribadito che la controversia pregiudiziale è tale perché costituisce l'antecedente logico-giuridico dal quale di-

dice chiamato a pronunciarsi nel merito della lite, continua davanti ad altro giudice chiamato a decidere su questioni la cui risoluzione incide in maniera diretta sulla « causa principale » (si pensi ad es. a una questione di giurisdizione o di competenza o ancora di legittimità costituzionale, e finanche a una pregiudiziale comunitaria); così MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1999, 249. Nell'ambito delle ipotesi di sospensione c.d. *propria*, l'art. 295 rappresenta il caso di *sospensione c.d. necessaria*, da distinguere dalla *sospensione concordata*, cioè richiesta dalle parti di cui al 296, nonché dalla *sospensione facoltativa* di elaborazione giurisprudenziale, che è disposta dal giudice per ragioni di opportunità e al di fuori dei casi del 295; in arg. si veda LUIO, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, II, Milano, 1999, 212 ss.; CALVOSA, *Sospensione del processo civile di cognizione*, in *NSDI*, XVII, Torino, 1970, 953 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, II, Torino, 1998, 303 ss.

(9) Invero sull'ambito operativo dell'istituto sono state avanzate in dottrina le tesi più disparate, da quella più restrittiva che considera l'art. 295 c.p.c. quale norma meramente riassuntiva dei casi previsti dalla legge (SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, 471 e MENCHINI, *Sospensione del processo civile*, EdD, XLII, Milano, 1990, 6 che tendono a tal fine a valorizzare il più possibile il potere del giudice di conoscere delle questioni pregiudiziali ex art. 34 c.p.c.), a quella più ampia e tradizionale che vede nella sospensione necessaria un istituto volto e finalizzato a garantire l'armonizzazione dei giudicati, in presenza di giudizi legati da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza per i quali non sia possibile procedere a favore di una riunione (LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1999, 189 e 191 nonché MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, cit., 251). Tra i due estremi si pongono alcune posizioni che potrebbero definirsi intermedie; molto sinteticamente si ricorda la tesi che limita la sospensione ai casi di accertamento incidentale *ex lege* ove la pregiudiziale debba essere separata dalla principale (v. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 419 e 538); quella che la ammette soltanto ove, sorta la causa pregiudiziale ex art. 34 c.p.c., la stessa non possa essere trattata unitamente a quella principale (v. VERDE, *Profili del processo civile. Il processo di cognizione*, II, Napoli, 1996, 179 ss.). Si ricorda inoltre la tesi secondo cui la *ratio* del 295 andrebbe ricercata in esigenze di economia processuale connesse all'opportunità di evitare una doppia istruttoria, con la conseguenza che non avrebbe senso la sospensione se al momento di introduzione della causa pregiudiziale, l'istruttoria della pregiudicata è già conclusa (LUIO, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, cit., 224).

(10) Si veda COREA in VACCARELLA-VERDE (a cura di), *Codice di procedura civile commentato - Aggiornamento*, Torino, 2001, 532 nonché GIACOMELLI in CONSOLO-LUIO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Vicenza, 2000, 1455 a cui si rinvia per i relativi riferimenti a dottrina e giurisprudenza. Rinviengono invece la *ratio* della norma in esigenze di economia processuale, ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 418 ss. e GIUSSANI, *Sospensione del processo*, in *DI IV civ.*, XVIII, Torino, 1998, 604 ss.

pende la decisione della causa pregiudicata, dacché si traggono due importanti conseguenze ⁽¹¹⁾:

1) la pregiudizialità non deve essere solo logica ma giuridicamente rilevante ⁽¹²⁾;

2) non c'è pregiudizialità se il conflitto riguarda i meri effetti pratici dell'una o dell'altra pronuncia ⁽¹³⁾.

Alla luce di queste premesse, correttamente la Corte ha affermato che manca nel caso di specie un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tale da giustificare la sospensione del procedimento di opposizione ex art. 295 c.p.c.: da un lato si è in presenza di un procedimento volto al riconoscimento di un lodo straniero, che senza l'intervento del giudice in questione non avrebbe alcuna efficacia nell'ordinamento italiano; dall'altro c'è un giudizio volto all'accertamento di alcuni crediti che l'opponente in esecuzione intenderebbe far valere in compensazione ai crediti vantati da Persero e accertati in sede arbitrale. Come rileva la Corte, è vero che una volta riconosciuto il lodo la Polcon si troverebbe costretta all'esborso di cifre ingenti di denaro e che laddove il processo di cognizione pendente innanzi al Tribunale di I grado si concludesse in suo favore, la stessa sarebbe costretta a recuperare il credito, facendosi carico di tutte le difficoltà connesse alla presenza di un soggetto pubblico, per di più straniero, quale la Persero; tuttavia questo tipo di « pregiudizialità », che attiene ai soli effetti materiali delle due pronunce è chiaramente riportabile al caso prospettato *sub b*), per il quale il 295 c.p.c. non è evidentemente applicabile.

Ebbene, nonostante la condivisibilità di tali conclusioni, sembra opportuno verificare se in linea di principio, e a prescindere dalla materiale sussistenza di tale rapporto tra cause, sia possibile sospendere il procedimento di *enforcement* ex art. 840 c.p.c., per pregiudizialità-dipendenza.

⁽¹¹⁾ Cass. 30 marzo 1999, n. 3059, pubbl. con nota di TRISORIO LIUZZI, *La Cassazione e la sospensione ex art. 295 cod. proc. civ.*, in *Foro it.*, I, 1968; Cass. 28 gennaio 1999, n. 740; Cass. 24 ottobre 1998, n. 10576; Cass. 2 marzo 1998, n. 2263; meno di recente Cass. 11 aprile 1989, n. 1719 nonché Cass. 15 febbraio 1986, n. 901 e ancora Cass. 5 maggio 1982, n. 2816.

⁽¹²⁾ Si veda la sentenza della Cass. 740/1999 cit., nella parte in cui si legge: « (l)a sospensione necessaria del processo ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ. presuppone non soltanto un rapporto di pregiudizialità logica, ma anche un obiettivo rapporto di pregiudizialità giuridica fra due liti, che ricorre solo quando la definizione di una controversia costituisce l'indispensabile antecedente logico giuridico dell'altra, l'accertamento del quale debba avvenire con efficacia di giudicato ». O ancora la massima ufficiale della sentenza di Cass. 10576/1998 che recita: (l)a sospensione necessaria del processo ex art. 295 cod. proc. civ. ricorre qualora risultino pendenti innanzi a giudici diversi procedimenti legati tra loro da un rapporto di pregiudizialità tale che la definizione dell'uno costituisce indispensabile presupposto logico-giuridico dell'altro, nel senso che l'accertamento dell'antecedente venga postulato con effetto di giudicato, di modo che possa astrattamente configurarsi l'ipotesi di conflitto di giudicati ».

⁽¹³⁾ Cass. 1 dicembre 1998, n. 12198.

L'art. III della Convenzione di New York lascia fondamentalmente liberi gli Stati di definire la procedura di esecuzione che più ritengono appropriata al loro sistema di organizzazione della giustizia, sebbene con l'unico limite di non imporre condizioni e spese sensibilmente più gravose di quelle previste per l'esecuzione di lodi nazionali ⁽¹⁴⁾. Il legislatore italiano del 1994 ha dettato tale procedura negli artt. 839 e 840 del c.p.c. rinviando alle norme previste per il procedimento monitorio, allo scopo di far fronte a eventuali lacune ⁽¹⁵⁾: per il tramite di questo richiamo, l'applicabi-

⁽¹⁴⁾ Recita l'art. III della Convenzione di New York del 1958: « (e)ach Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards ». In sostanza la scelta dei *conditores* della Convenzione di New York è stata nel senso di dettare una normativa uniforme quanto alle condizioni sostanziali richieste ai fini del riconoscimento del lodo, rinviando alla disciplina nazionale di ogni singolo Stato per gli aspetti meramente processuali, con l'unico limite costituito dal divieto di dettare condizioni sensibilmente più gravose di quelle previste per l'esecuzione dei lodi nazionali; si noti che una disposizione simile era presente anche nel progetto di articoli redatto dall'ECOSOC (art. II - UN DOC E/2704) e in quello della ICC (art. II - UN DOC E/C.373/Add.1), e che per le profonde differenze esistenti tra i sistemi giuridici dei numerosi membri della Convenzione, in Conferenza si è deciso di mantenere fermo tale approccio, nonostante le proposte avanzate da alcune delegazioni di: a) includere nel testo regole processuali uniformi; b) prevedere un procedimento esecutivo sommario; c) sottoporre i lodi stranieri alla stessa procedura prevista per quelli nazionali (UN DOC/ECONF.26/SR.16). Sull'iter storico-legislativo che ha portato a preferire l'attuale lettera dell'art. III, v. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, cit., 234 ss.

⁽¹⁵⁾ Precedentemente all'entrata in vigore della riforma del 1994 si discuteva molto in dottrina circa l'individuazione delle norme applicabili ai procedimenti di esecuzione disciplinati dalla Convenzione di New York: da un lato si riteneva che in assenza di una disciplina *ad hoc* si potesse ricorrere all'art. 825 c.p.c., mentre dall'altra si tendeva a sottolineare l'impraticabilità di una simile soluzione a fronte del necessario rilievo di parte dei motivi ostativi al riconoscimento del lodo straniero previsti dall'art. V(1) del dettato convenzionale, e della sua inconciliabilità con il carattere camerale del procedimento di omologazione dei lodi nazionali (che, come è noto, si svolge *inaudita altera parte* — in tal senso App. Napoli 12 dicembre 1974, pubbl. in *RDIPP*, 1975, 552 e Cass. 15 marzo 1986, n. 1765). Partendo da tali osservazioni, parte della dottrina concludeva nel senso che l'entrata in vigore della Convenzione avesse comportato l'introduzione nel nostro ordinamento di una norma interna di diritto processuale civile che consentiva l'utilizzo dell'art. 825, nonostante qualche aggiustamento necessario (così MINOLI, *L'entrata in vigore della Convenzione di New York e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Milano, 1971, 1105 e BERNINI, *Osservazioni in tema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere in Italia*, in *Arch. giur.*, 1974, 138); altri nel senso dell'applicazione ex art. 800 c.p.c. della disciplina prevista per la delibazione delle sentenze giudiziali straniere (PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno* in *RDP*, 1985, 295-297 o ancora MIRABELLI-RECCHIA-ZUCCONI GALLI FONSECA, *I giudici italiani e l'arbitrato commerciale internazionale*, in *Rass. arb.*, 1978, 41). Sull'apprezzabilità dell'intervento del legislatore del 1994 con l'introduzione di un procedimento di *enfor-*

lità dell'art. 295 c.p.c., che è indubbiamente « *rule of procedure* », sarebbe in teoria possibile⁽¹⁶⁾; ma di fatto, ad avviso di chi scrive, non prospettabile nei procedimenti di *enforcement*.

È stata già sottolineata la *ratio* dell'art. 295 ed è noto che senza il riconoscimento del giudice italiano, la forza di giudicato eventualmente acquisita dal lodo arbitrale estero nell'ordinamento d'origine non si potrebbe fare valere nell'ambito del nostro sistema giuridico nazionale; in sostanza, senza il decreto dell'839 c.p.c., non ci sarebbe alcun rischio di giudicati configgenti, il che sembrerebbe quasi giustificare di primo acchito l'applicabilità dell'istituto in esame per la regolazione dei rapporti intercorrenti tra un procedimento di *enforcement* e il processo di cognizione ordinaria a esso connesso.

Ora, se è vero che la *ratio* dell'istituto è da ricercarsi essenzialmente nell'esigenza di evitare conflitti di giudicato, è anche vero che non è solo una minaccia a giustificare l'applicazione, essendo evidentemente richiesta una connessione reale tra cause per pregiudizialità⁽¹⁷⁾; posto che il procedimento di esecuzione non si pone quale revisione nel merito della decisione arbitrale, e che non può esserci sindacato alcuno nel merito delle valutazioni svolte dagli arbitri⁽¹⁸⁾, la causa che si introduce con un'opposizione al decreto di *exequatur* attiene evidentemente non a una nuova solu-

cement a contraddittorio eventuale e differito, su modello della Convenzione di Bruxelles del 1968 (artt. 31 ss.) nonché, sul piano interno, del procedimento di ingiunzione (artt. 633 ss. c.p.c.), v. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 271.

⁽¹⁶⁾ In base alla disposizione normativa di cui all'art. 840, 2 comma, « (i) In seguito all'opposizione il giudizio si svolge a norma degli articoli 645 e seguenti in quanto applicabili », risultando certamente applicabile l'art. 645, 2 comma, nella parte in cui prevede l'ulteriore rinvio alle « norme del procedimento ordinario », con riduzione alla metà dei termini di comparizione; in quanto applicabili, dunque, contribuiscono a disciplinare i procedimenti di riconoscimento dei lodi stranieri anche le norme del procedimento ordinario che trovano applicazione per la regolamentazione dei procedimenti di ingiunzione: circa l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, Cass. 26 maggio 1995, n. 5882 nonché 10 novembre 1998, n. 11279 e 10 agosto 1998, n. 7819; meno di recente, Cass. 11 febbraio 1987, n. 1474. Del resto attenendo il rapporto di pregiudizialità alle cause connesse ai procedimenti è evidente che non è la natura del procedimento ha poter incidere, quanto meno direttamente, sull'applicabilità dell'istituto di cui trattasi.

⁽¹⁷⁾ In generale il rischio di giudicati configgenti si registra anche per le ipotesi di litispendenza e continenza per le quali, tuttavia, l'istituto della sospensione necessaria non è evidentemente applicabile, dovendosi fare ricorso alla normativa all'uopo dettata e di cui all'art. 39 c.p.c.

⁽¹⁸⁾ Nel senso che non c'è riesame nel merito dei procedimenti disciplinati dalla Convenzione di New York del 1958, si veda BOSCHERO, *Riesame nel merito e convenzioni sul riconoscimento ed efficacia di sentenza straniera*, in *RDIPP*, 1984, 59 ss.; MIGLIAZZA-LUZZATTO, *Le convenzioni internazionali in tema di arbitrato e il diritto italiano*, in *Arch. giur.*, 1974, 24 ss. nonché MINOLI, *L'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere in Italia*, in *Rass. arb.*, 1972, 69 ss.; per la giurisprudenza v. Cass. 6 agosto 1990, n. 7995, pubbl. con nota di GIARDINA, *L'inapplicabilità ai lodi arbitrali stranieri dell'istituto della revisione nel*

zione delle questioni controverse, né a un annullamento del lodo, bensì a un controllo della sussistenza dei motivi indicati dalla legge quali cause ostative al riconoscimento e all'esecuzione: ne consegue che oggetto del giudizio sarà l'accertamento dell'effettiva sussistenza di tali fattispecie preclusive e non anche le situazioni giuridiche soggettive già accertate con la decisione arbitrale per il cui riconoscimento si procede.

Ebbene, la soluzione di simili controversie, che con l'opposizione *ex art. 840 c.p.c.* si introducono al cospetto del giudice, non sembra pregiudicata dalla soluzione della lite presentata all'attenzione del giudice ordinario e relativa agli eventuali contro crediti dell'opponente o più in generale a situazioni giuridiche attinenti a rapporti sostanziali intercorrenti tra i litiganti: l'accertamento delle suddette questioni si potrebbe dire pregiudiziale alla soluzione della controversia presentata agli arbitri che, non potendo essere, come ribadito, ridiscussa nel merito nel corso del giudizio di opposizione, non è oggetto di tale procedimento, per il quale si esclude di conseguenza ogni possibilità di sospensione *ex art. 295 c.p.c.* A tal fine sarebbe necessario interpellare l'autorità giudiziaria ordinaria su questioni connesse ai *grounds for refusal* opposti al decreto di concessione dell'esecutorietà e che pertanto attengano a elementi quali la validità del compromesso, la vincolatività del lodo, l'eccesso di potere degli arbitri, il rispetto del contraddittorio e il regolare svolgimento della procedura, questioni che, come è noto, sono deducibili solo mediante impugnazione per nullità: non è un caso che a New York sia stata prevista la possibilità di sospendere il procedimento esecutivo, soltanto in relazione a tale giudizio e solo nel caso in cui lo stesso risulti pendente al cospetto dell'autorità indicata⁽¹⁹⁾.

Una simile tesi sembrerebbe essere in linea con quell'orientamento giurisprudenziale precedente alla riforma del 1994, che escludeva l'applicabilità dell'ormai abrogato art. 797 n. 6 c.p.c. rispetto al giudizio di riconoscimento del lodo estero⁽²⁰⁾. La suddetta norma⁽²¹⁾ contemplava tra i

merito, in questa *Rivista*, 1991, 287 ss.; Cass. 15 marzo 1986, n. 1765; Cass. 17 marzo 1982, n. 1727, ed. in *Foro it.*, 1983, I, 753 ss.

⁽¹⁹⁾ Con ciò non si intende dire che la causa di sospensione di cui all'art. VI della Convenzione sia l'unica possibile. Se la tassatività dei *grounds for refusal* contemplati dall'art. IV è cosa assodata in dottrina e in giurisprudenza (si veda quanto riportato *sub nota* 1), certo non si può dire la stessa cosa in relazione all'art. VI: anzi, partendo dalla norma dell'art. III, è immaginabile che si possano avere ipotesi di sospensioni ulteriori e perfino diverse da Stato a Stato (si veda in materia quanto riportato in VAN DEN BERG, *Consolidated Commentary Cases*, in *YCA*, XXI, 1996, 394 ss. spec. 511-512, cui si rinvia per riferimenti giurisprudenziali), purché tuttavia le stesse non si trasformino in vere e proprie cause di diniego dell'*exequatur*; sul punto si dirà successivamente nel testo.

⁽²⁰⁾ App. Milano 3 marzo 1977, pubbl. in *FP*, 1977, I, 129 nonché, per la giurisprudenza di legittimità, Cass. 15 gennaio 1992, n. 405, pubbl. con nota di PIETRANGELI, *La Convenzione di New York e l'art. 797 n. 6 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 1992, 689 ss.

⁽²¹⁾ Si noti che gli articoli da 796 a 805 del codice di rito sono stati abrogati a far

motivi ostativi alla deliberazione, la pendenza di un giudizio per il medesimo oggetto innanzi al giudice italiano, e sebbene fosse stata dettata per la regolamentazione dei procedimenti delibatori delle sentenze giudiziali straniere, in assenza di una normativa specifica, avrebbe potuto trovare applicazione anche per i procedimenti di cui si discute⁽²²⁾. L'orientamento diverso della Cassazione faceva leva sull'incompatibilità della norma con la Convenzione di New York nel suo complesso anche se, come rilevato da certa dottrina, un simile assunto, ancorché apprezzabile, non era esente da critiche; in particolare, la tesi dell'incompatibilità mal si conciliava con la tesi che vedeva nella norma in oggetto non una condizione all'azione bensì un presupposto processuale, con la conseguente definizione dell'art. 797 n. 6 c.p.c. quale disposizione attinente alla procedura, dalla cui regolamentazione il diritto pattizio ha notoriamente preso le distanze⁽²³⁾. Invero, la norma in questione, quale regola speciale di litispendenza⁽²⁴⁾, non poteva trovare applicazione nei procedimenti di esecuzione del lodo straniero, in quanto tra questo procedimento e il giudizio di cognizione ordinaria non può esserci litispendenza, per le stesse, identiche ragioni per cui non può esserci connessione per pregiudizialità e di cui si è già detto⁽²⁵⁾ (è tuttavia doveroso ricordare che diversamente le argomentazioni della Corte tendevano a mettere in evidenza il fatto che l'applicazione corretta della Convenzione di New York eludesse il problema dei giudicati configgenti)⁽²⁶⁾.

data dal 31 dicembre 1996, dall'art. 73, L. 31 maggio 1995, n. 218, come sostituito dall'art. 10, d.l. 23 ottobre 1996, n. 542 (convertito, con modificazioni, nella L. 23 dicembre 1996, n. 649). L'art. 800 era stato abrogato dall'art. 24, 2 comma, L. 5 gennaio 1994, n. 25. L'efficacia di atti e sentenze straniere in Italia è oggi disciplinata dal Titolo IV, artt. 64-71, L. 31 maggio 1995, n. 218.

(22) L'applicabilità della disposizione riportata nel testo presupponeva l'adesione a quell'orientamento dottrinario che, per la regolamentazione dei procedimenti di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali esteri, rinviava alla normativa concernente l'esecuzione delle sentenze giudiziali straniere. Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte sub nota n. 15.

(23) BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 272-273.

(24) Così Cass. 405/1992, cit. nella parte in cui si legge che « l'art. 797 n. 6 non è altro che un'applicazione ... dei principi della litispendenza ».

(25) Conferma tale tesi la stessa Cassazione nella pronuncia citata nella nota precedente sottolineando che « (l') art. 797 n. 6 tende a prevenire un contrasto di giudicati, contrasto che — applicando la Convenzione di New York — non potrebbe mai formarsi »; invero sembra corretto sottolineare che il ragionamento svolto dal giudice di legittimità assume in parte tratti e sfumature diverse da quello svolto nel testo e per una sommaria analisi delle quali, si rinvia alla nota n. 29.

(26) In sostanza la Cassazione ha optato per la non applicabilità della norma in commento sul presupposto che il giudice nazionale adito per la soluzione nel merito della controversia, riconosciuta la validità dell'accordo compromissorio, dovrebbe in virtù dell'art. II della Convenzione, spogliarsi della causa di modo che non ci sarebbe litispendenza nonché rischio di giudicati configgenti; nulla toglie che il giudice ordinario possa ritenere invalida o comunque non operante il patto arbitrale stipulato dai litiganti, nel cui caso la possibilità

Ebbene, si accantoni per un attimo questa tesi e si ammetta l'idea di una connessione per pregiudizialità-dipendenza tra i procedimenti in esame, in virtù degli effetti che si ricollegano al riconoscimento e che determinano l'ingresso nel nostro ordinamento di decisione arbitrale straniera altrimenti del tutto inefficace⁽²⁷⁾; è necessario rilevare che se è vero che c'è pregiudizialità soltanto nei limiti in cui la controversia pregiudiziale costituisce l'antecedente logico-giuridico da cui dipende la soluzione della causa cd. pregiudicata; e se è vero che l'art. 295 si ricollega all'esigenza di evitare contrasti tra giudicati, sembrerebbe coerente intendere la pregiudizialità nel senso che le situazioni sostanziali oggetto della causa pregiudiziale (o anche solo alcune di esse) sono fatto costitutivo o un elemento della fattispecie oggetto della causa dipendente⁽²⁸⁾. In questo senso, l'accertamento ordinario avrebbe a oggetto situazioni sostanziali che sono già state oggetto di accertamento in sede arbitrale, la cui soluzione si vorrebbe fare valere nel nostro ordinamento per il tramite del riconoscimento.

Ora, nessuna questione può essere presentata all'attenzione di arbitri in assenza di un accordo compromissorio ed è chiaro che se queste stesse questioni fossero introdotte in un giudizio ordinario, il giudice si troverebbe a declinare la sua *potestas iudicandi* a favore degli arbitri⁽²⁹⁾; certamente il giudizio continuerebbe nell'ipotesi di invalidità della convenzione arbi-

di conflitto tra giudicati si porrebbe e con esso si porrebbe il problema della regolamentazione dei rapporti tra processo ordinario e procedimento di deliberazione (sul punto si veda quanto sarà detto *infra* nel testo).

(27) La tesi, nell'opinione di chi scrive non propriamente corretta, consiste nel qualificare le questioni poste all'attenzione degli arbitri quali oggetto indiretto del giudizio di esecuzione all'estero, dal momento che, a mezzo di tale procedimento, si tende a confermare quella soluzione nell'ambito del proprio ordinamento nazionale.

(28) In tal senso LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 220; MENCHINI, *Sospensione del processo civile*, cit., 12 e LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 188 ss. nonché Cass. 20 febbraio 1997, n. 1579, ove si afferma che oggetto di accertamento nella causa pregiudiziale non può essere una questione estranea al fatto costitutivo della situazione sostanziale dedotta nella causa dipendente.

(29) Si noti, infatti, che per il caso in commento, sebbene sia stata esclusa la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra le cause oggetto dei procedimenti di riconoscimento e di cognizione ordinaria, la Persero ha eccepito al cospetto del Tribunale di Milano l'avvenuta conclusione di un apposito accordo compromissorio. A fronte di una simile situazione, il giudice ordinario è costretto a riconoscere la *potestas iudicandi* degli arbitri (secondo quanto impone l'art. II della Convenzione di New York che con un'espressione generica fissa l'obbligo del giudice nazionale di rinviare le parti agli arbitri), a prescindere dalla localizzazione dell'arbitrato e con la conseguenza che venendo meno il giudizio ordinario, e con esso la causa eventualmente pregiudiziale, non c'è più spazio per la sospensione. Tale assunto si pone in linea di continuità con la citata sentenza della Cass. 405/1992 secondo cui la norma speciale di litispendenza dettata dall'art. 797 n. 6 c.p.c. non sarebbe applicabile ai procedimenti disciplinati dalla Convenzione in quanto, applicandosi correttamente il dettato convenzionale, il problema di giudicati configgenti non potrebbe porsi: in presenza di un valido accordo compromissorio, il giudice adito nel merito della controversia dovrebbe spogliarsi della stessa.

trale ovvero ove si ritenesse che pur essendo stato validamente concluso, il patto di compromesso non comprende quelle questioni pregiudiziali che sono state erroneamente oggetto di decisione arbitrale ma a ben vedere tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, ci si troverebbe di fronte a un motivo idoneo a inibirne il riconoscimento: nel primo caso infatti si potrebbe fare riferimento al 3 comma, n. 1 dell'art. 840, e nel secondo al n. 3⁽³⁰⁾. Con questo non si intende dire che l'opponente non possa (tentando la sorte!) adire il giudice ordinario nel merito della controversia contestualmente all'opposizione, o che, in virtù delle norme menzionate, il giudice ordinario non possa svolgere valutazioni in merito alla validità e all'ampiezza del patto arbitrale concluso tra le parti in lite⁽³¹⁾, ma è ovvio che il giudice dell'esecuzione non sarà vincolato dalle valutazioni compiute in quella sede, a meno che la pronuncia del giudice ordinario nel merito della controversia non assuma efficacia di giudicato prima della conclusione del giudizio esecutivo⁽³²⁾; oltre al fatto che in presenza di patto compromissorio

⁽³⁰⁾ L'art. II della Convenzione di New York impone il riconoscimento della volontà compromissoria dei litiganti a meno che il patto arbitrale non sia « *null and void, inoperative or incapable of being performed* »: al giudice nazionale viene lasciato lo spazio necessario a verificare che l'accordo compromissorio che si intende far valere al suo cospetto esista, sia valido e idoneo a esprimere i propri effetti (in arg. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, 96 ss. nonché VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, cit., 121 ss., a cui si rinvia per i relativi riferimenti giurisprudenziali). Potrebbe pertanto esserci spazio per una sospensione del procedimento di esecuzione del lodo nel caso in cui il giudice ordinario non intenda riconoscere il patto arbitrale perché invalido o perché di fatto non ricomprendente nel suo ambito di applicazione le questioni controverse e dedotte in giudizio: è evidente che in questa ipotesi le valutazioni giudiziali sarebbero confliggenti con quelle arbitrali ma l'eventuale infondatezza di queste ultime potrebbe essere tranquillamente rilevata in sede di concessione dell'*exequatur*, per vizio di invalidità del patto nel primo caso, per eccesso di potere degli arbitri nel secondo.

⁽³¹⁾ Una libertà di apprezzamento in tal senso gli è garantita dallo stesso art. II della Convenzione di New York (così per gli Autori citati nella nota precedente).

⁽³²⁾ In arg., v. BRIGUGLIO, *Due questioni in tema di delibazione del lodo straniero e ordine pubblico*, in questa Rivista, 1991, 808 ss. (spec. 829-833). Si noti che a seguito della qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito (v. Cass. 22 luglio 2002, n. 10723, ord. pubbl. in *Foro it.*, 2003, I, 1832 ss. e con nota di CONSOLO-MARINELLI, *La Cassazione e il « duplice volto » dell'arbitrato: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2003, 630 ss., e Cass. 18 aprile 2003, 6349, ord. pubbl. con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, in questa Rivista, 2004, 333 ss.; e con nota di CONSOLO, *Soprassalti delle S.U. intorno all'eccezione di arbitrato estero, all'ordine delle questioni di rito e di doppio merito*, in *CG*, 2004, 333 ss., anche la pronuncia del giudice su tale eccezione sarebbe idonea al giudicato e quindi idonea a vincolare il giudice dell'esecuzione: al di là delle perplessità espresse in merito a tale orientamento (si veda ATTERITANO, *La qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale*, in *RDP*, 1212 ss.), in virtù dei tempi necessari al passaggio in giudicato della pronuncia del giudice ordinario, una simile ipotesi sembra di difficile concretizzazione.

e relativa sentenza arbitrale, per giunta inutilmente impugnata nello Stato di origine, la pretestuosità dell'azione sarebbe quanto meno ipotizzabile⁽³³⁾. In sostanza, perfino laddove si riuscisse a immaginare l'esistenza di una connessione per pregiudizialità tra i procedimenti di cui trattasi, la sospensione del giudizio esecutivo ex art. 295 c.p.c. sarebbe improbabile e rischierebbe addirittura di compromettere la tassatività dei *grounds for refusal* ribadita dalla stessa Corte: con l'introduzione di un giudizio ordinario del tipo e conseguente sospensione del procedimento esecutivo, si consentirebbe la formazione del giudicato sopra la pronuncia del giudice ordinario, di modo che l'*exequatur* si potrebbe negare per ragioni pertinenti l'ordine pubblico⁽³⁴⁾; la semplice pendenza di un processo ordinario si levrebbe di fatto a causa preclusiva del riconoscimento del lodo straniero (seppure cautamente ricondotta nell'alveo della *public policy*⁽³⁵⁾), e se è vero che il legislatore nazionale è fondamentalmente libero di definire gli

⁽³³⁾ Analoghe considerazioni sono state svolte in relazione all'art. 797 n. 6 nella più volte citata sentenza 405/1992 della Cassazione. In quel caso la pretestuosità risultava ancora più evidente, trattandosi di giudizi aventi lo stesso oggetto, ma non è escluso che il ragionamento possa *mutatis mutandis* interessare anche i casi di connessione per pregiudizialità di cui si discorre.

⁽³⁴⁾ È vero che in Italia è stata data esecuzione a una sentenza arbitrale straniera sebbene contraria a un lodo pronunciato in altro Stato e già riconosciuto nel nostro ordinamento (trattasi di App. Milano, 2 luglio 1999, n. 1796, pubbl. con nota di MURONI, *Il conflitto pratico tra lodi e la Convenzione di New York*, in questa Rivista, 2000, 753 ss.) tuttavia ciò non esclude che il rischio non sia quanto meno paventabile, realizzandosi in tal caso un netto contrasto con il diritto pattizio: la stessa Muroni, infatti, sottolinea come la violazione del principio del *ne bis in idem* venga sanzionata sotto il profilo della tutela dell'ordine pubblico [analoga mente CICCONI, *Lodi stranieri*, in IRTI (a cura di), *Dizionario dell'arbitrato*, 1996, 312 e FERRANTE, *La delibazione in Italia delle sentenze straniere e l'ordine pubblico*, in *Rass. arb.*, 1977, 173 ss.]; è poi logico che in presenza di una sentenza giudiziale che non si limita a riconoscere ed eseguire un lodo estero ma che al contrario statuisce in maniera diretta nel merito della lite, con identità di oggetto e parti, il rischio di un rifiuto in tal senso sembra ovviamente aumentare. Nonostante chi scrive rimanga legato a una nozione ristretta di ordine pubblico (v. ATTERITANO, *Spesso la storia si ripete e a volte gli orientamenti si consolidano: due questioni in tema di enforcement di lodi arbitrali secondo la Convenzione di New York del 1958*, in questa Rivista, 2005, 131 ss.), il rischio è evidentemente presente per la grande varietà di tesi espresse sull'argomento.

⁽³⁵⁾ Da più Autori e dalla giurisprudenza internazionale si sottolinea la necessità di ricostruire restrittivamente il concetto di ordine pubblico, non fosse altro che in virtù dello scopo che la Convenzione di New York si prefigge di conseguire e che concerne la circolazione internazionale delle sentenze arbitrali (in arg., v. GOLDMAN, *Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Rec. des Dours*, 1963, II, 352 ss.; LATTANZI, *Valore assoluto o relativo dei principi di ordine pubblico*, in *RDI*, 1974, 281 ss.; LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry, 1978, par. 401, 1; SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, in *Rec. des Cours*, II, 220-227 e 285-287). A prescindere se per ordine pubblico debba intendersi quello nazionale o quello internazionale (al riguardo si veda BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, 302 ss.; COUCHEZ in comm. ad App. Parigi 21 marzo 1986 pubbl. in *Rev. Arb.*, 1991, 350 e SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *RDI*, 1954, 83), se

aspetti processuali dell'*enforcement*, della stessa libertà non gode quanto alla definizione delle condizioni sostanziali di cui al solo dettato convenzionale ⁽³⁶⁾. Ma pur volendosi riconoscere alla sospensione un valore prettamente procedurale, è bene sottolineare come l'operatività dell'art. 295 sembrerebbe perfino contraddire l'unico limite imposto dall'art. III della Convenzione di New York.

La minaccia di un possibile conflitto tra giudicati non si ravvisa nel procedimento di omologazione di cui all'art. 825 c.p.c. in quanto accogliendosi la teoria dell'efficacia processuale del lodo, la sua efficacia di giudicato prescinderebbe dall'omologazione; laddove invece si preferisse parlare di soli effetti negoziali, il problema del conflitto sarebbe escluso a monte ed è logico che venendo meno le ragioni per cui la norma è stata adottata, non avrebbe alcun senso garantirne l'applicazione. Ora, se si considera che una sospensione del procedimento esecutivo per le ragioni sottese al 295 c.p.c. potrebbe essere molto lunga e implicare senz'altro spese notevoli per ambo le parti; e se si considera che tali spese e aggravii non sono invece previste per l'omologazione ex art. 825, la violazione dell'art. III della Convenzione, per la parte in cui impone un trattamento per quanto possibile omogeneo delle procedure di esecuzione del lodo sia esso nazionale o no, appare evidente; né vale a giustificare un'eventuale diversità di trattamento la diversa localizzazione dell'arbitrato posto che l'applicabilità del 295 è stata perfino esclusa per la regolamentazione dei rapporti intercorrenti tra arbitro e giudice ordinario ⁽³⁷⁾.

ANDREA ATTERITANO

esigenze di *public policy* vengono in risalto rispetto alla coerenza del sistema giuridico nazionale dello Stato di esecuzione, sembra opportuno considerare contraria all'ordine pubblico soltanto la pronuncia arbitrale che di fatto lo viola e non anche quella che nasconde una lontana minaccia in tale senso.

⁽³⁶⁾ Si veda VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, cit., 239 ove si legge: « (it) should be emphasized that the rules of procedure of the forum for the enforcement of a Convention award as mentioned in Article III are not concerned with the conditions for enforcement. The rules of procedure within the meaning of Article III are confined to questions such as the form of the request and the competent authority. The conditions for enforcement, on the other hand, are those set out in the Convention and are exclusively governed by the latter ».

⁽³⁷⁾ A seguito della riforma del 1994 si considera il procedimento arbitrale suscettibile di essere sospeso solo nelle ipotesi dettate dall'art. 819 c.p.c., che da un lato presuppongono la pregiudizialità della causa connessa a quella dedotta in sede arbitrale (e a prescindere dalla effettiva pendenza davanti al giudice ordinario della relativa causa), dall'altro la sua non compromettibilità per arbitri — FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato* in questa *Rivista*, 1994, 6 ss.; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 139 ss.; SIRACUSANO in PICARDI (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 1994, 2041.